

Karlsruhe über Alles – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*

Mr. H.C.F.J.A. de Waele*

In RMT*themis* 2010-1 is abusievelijk een vorige versie van dit artikel geplaatst, die door de auteur eind 2009 op een aantal punten is herzien en geactualiseerd.

1. Inleiding

Op 30 juni 2009 publiceerde het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) zijn langverwachte oordeel over de verenigbaarheid van het Verdrag van Lissabon met de Duitse *Grundgesetz*.¹ Hiermee is op de valreep een traditie voortgezet, die wil dat 'Karlsruhe' minstens éénmaal per decennium een principiële uitspraak doet over de Europese Unie en het steeds verder voortschrijdende integratieproces.² Het BVerfG was al enkele jaren geleden benaderd om zich uit te laten over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (de 'Europese Grondwet'). Het zag echter van een oordeel af, na het sneuvelen van dit document, ten gevolge van de Nederlandse en Franse referenda in het voorjaar van 2005.³ De toenmalige klager greep evenwel zijn kans op het moment dat de Bondsrepubliek wilde overgaan tot ratificatie van het Verdrag van Lissabon, dat qua inhoud vrijwel identiek is aan de Europese Grondwet.⁴ Deze Peter Gauweiler, lid van de Bondsdag voor de CSU, diende opnieuw *Verfassungsbeschwerden* in, ditmaal onder meer geflankeerd door – *bien étonnés de se trouver ensemble* – collega-parlementariërs van de ex-communistische fractie *Die*

Linke. Bondspresident Köhler weigerde wederom de ratificatie te voltooien voordat het hof zich zou hebben uitgesproken.

Het Verdrag van Lissabon wordt door de Duitse constitutionele rechters vrijwel unaniem 'gebilligt'.⁵ Slechts de begeleidende ratificatiewetgeving heeft nadere aanpassingen. Niettemin klinkt in het oordeel een zeer sceptisch en ambivalent geluid door. Het BVerfG spreekt de politieke instellingen van de EU en de Bondsrepubliek vermanend toe. Tegelijk spreekt het zichzelf echter bij herhaling tegen. Zodoende bevat het arrest een grote hoeveelheid argumentatie- en consistentiegebreken.

Het *Lissabon-Urteil* belooft een kleine honderdtwintig pagina's, en telt vierhonderdeenentwintig paragrafen. Hoewel de gevolgde redenering niet bepaald logisch-systematisch is opgezet, en soms meerdere sporen tegelijk berijdt, zijn er toch een aantal duidelijke hoofdlijnen in zichtbaar, die in deze bijdrage nader zullen worden belicht. De nadruk ligt hierbij niet op de preliminaire (ontvankelijkheids)overwegingen, maar op het oordeel ten gronde.

In wat volgt zal de aandacht allereerst uitgaan naar de visie van het Duitse hof op de verwezenlijking van democratie in de Europese, niet- of bovenstatelijke context (paragraaf 2). Daarna zal dieper worden ingegaan op zijn overwegingen over de aard van de EU-rechtsorde en de positie van de lidstaten binnen dit verband (paragraaf 3). Vervolgens komt de rol aan de orde die het *Bundesverfas-*

* Mr. H.C.F.J.A. de Waele is werkzaam als universitair docent Europees recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij bedankt prof. Th.J.M. Mertens, mr. R.J.B. Schutgens, prof. C.A.J.M. Kortmann en mr. J.A.W. van Zeven voor hun advies en commentaar. Eventuele resterende omissies en onvolkomenheden blijven voor rekening van de auteur.

1. BVerfG, 2 BvE 2/08, 30 juni 2009. De authentieke versie van het arrest is te vinden op <www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>. Ten behoeve van buitenlandse geïnteresseerden heeft het BVerfG een integrale (niet-authentieke) Engelse vertaling laten vervaardigen, die is te vinden op <www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html>.
2. In 1974 was dat het arrest in de zaak *Internationale Handelsgesellschaft*, beter bekend als *Solange I* (BVerfGE 37, 271); in 1986 volgde *Solange II* (*Wünsche Handelsgesellschaft*, 2 BvR 197/83; BVerfGE 73, 339), en in 1993 het welbekende *Maastricht-Urteil* (*Brunner*, 2 BvR 2134, 2159/92; BVerfGE 89, 155).
3. Zie BVerfG, 2 BvR 839/05, 30 oktober 2006. Bondspresident Horst Köhler had geweigerd de ratificatieakte te ondertekenen voordat het BVerfG zou hebben geoordeeld over de aanhangige *Verfassungsbeschwerden*. Van ondertekening is het uiteindelijk helemaal niet meer gekomen. Daardoor heeft de Bondsrepubliek zijn ratificatie van de Europese Grondwet nooit officieel voltooid, hoewel politici en diverse in de media circulerende overzichten wel anders hebben willen doen geloven.
4. Zie over de inhoud van het Verdrag van Lissabon o.m. R.H. van Ooik, 'Het Verdrag van Lissabon: structuur en overzicht', *SEW* 2008, p. 38-42; A.T.J.M. Jacobs, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese Grondwet', *NJB* 2008, p. 320-329; T. Corthaut, 'Plus ça change, plus c'est la même chose? A comparison with the Constitutional Treaty', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, p. 17-31; R. Barents, 'De Europese Grondwet is dood – Leve de Europese Grondwet', *NTER* 2007, p. 174-184, en van dezelfde auteur, *Het Verdrag van Lissabon: achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008. Nader over het ratificatieproces: H. de Waele, 'De ratificatie en inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon', *AA* 2009, p. 166-171; D. Curtin, 'Ierland en het Verdrag van Lissabon: van Nee naar Ja?', *SEW* 2009, p. 208-213.
5. Alle rechters hebben het dictum kunnen onderschrijven; de motivering is vastgesteld met zeven stemmen tegen één (zie r.o. 421).

sungsgericht in de toekomst voor zichzelf ziet weggelegd (paragraaf 4). Aan het slot van deze bijdrage wordt bezien of er vooral sprake lijkt te zijn van een Duitse ‘Sonderweg’, of dat het arrest ook kan fungeren als een ‘Wegweiser’ voor andere landen van de EU, in het bijzonder Nederland (paragraaf 5).

2. ‘Kein Volk, kein Staat, keine Vertretung’ – Europese democratie langs de meetlat

2.1. Kernbeginselen onder hoogspanning

In een aantal van de ingediende *Verfassungsbeschwerden* werd aangevoerd dat de hervormingen waarin het Lissabon-verdrag voorziet, zouden leiden tot de schepping van een Unie die in strijd komt met de, in de *Grundgesetz* (GG) verankerde, democratische principes van de Bondsrepubliek. De overwegingen van het hof knopen op dit punt hoofdzakelijk aan bij de *Ewigkeitsklausel* van artikel 79 lid 3 GG, waarin wordt bepaald dat een aantal essentiële beginselen van de BRD door geen enkele grondwetwijziging zijn aan te tasten.⁶ Daaronder valt het in artikel 20 GG vastgelegde *Demokratieprinzip*, dat aangeeft dat Duitsland een democratische en sociale bondsstaat is. Het tweede lid van dat artikel bevat de befaamde zinsnede:

‘Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.’

Artikel 38 lid 1 GG bepaalt bovendien dat de leden van de Bondsdag worden verkozen in algemene, rechtstreekse, vrije, gelijke en geheime verkiezingen. Het BVerfG verbindt deze bepalingen met elkaar, zodat elke aantasting van het *Demokratieprinzip* en het *Wahlrecht* direct leidt tot een schending van de meest fundamentele waarden waarop de Duitse staat gebaseerd is.⁷ In het *Maastricht-Urteil* had het hof dit pad al eerder bewandeld. Het maakt nu echter een tweede koppeling, namelijk tussen artikel 38 GG en artikel 1 en 2 GG, waarin de bescherming van de menselijke waardigheid en de ontplooiingsvrijheid vooropstaan.⁸ Ondemocratische aspecten van, of ontwikkelingen binnen de EU zetten zodoende de kernbeginselen van de Bondsrepubliek onder hoogspanning. Die kunnen alleen maar negatief worden gewaardeerd, en dat is ook precies wat er in het vervolg van het oordeel gebeurt.

2.2. Fundamentele kiezersongelijkheid

Het hof poneert dan de volgende dogmatische these: zijns inziens moet in een ‘echte’ democratie het ‘gewicht’ van alle kiesgerechtigden even groot zijn (‘Wahlgleichheit’), en moet dus iedere stem even zwaar meetellen bij de bepaling van de samenstelling van het centrale vertegenwoordigende orgaan. Het hof onderwerpt het huidige Europese bestel aan een nadere inspectie, en constateert dat het op dit punt tekortschiet: de kleine lidstaten zijn namelijk relatief oververtegenwoordigd, omdat ze in verhouding tot hun inwonertal meer Europarlementariërs mogen afvaardigen dan de grotere lidstaten. Zo staan er circa 850 000 kiesgerechtigden in voor iedere zetel die wordt bezet door een Europarlementariër uit Frankrijk of Duitsland (resp. 65 en 82 miljoen inwoners). Luxemburg heeft echter nog geen 500 000 inwoners, maar mag zes Europarlementariërs afvaardigen, zodat een zetel daar slechts steunt op iets meer dan 80 000 stemmen.⁹ Deze ongelijkheid is voor het BVerfG onacceptabel: voor zover men een dergelijke degressief proportionele verdeling van zetels ook elders aantreft, gaat het om een bondsraad of senaat, bijvoorbeeld in Duitsland, Oostenrijk, België of de Verenigde Staten. Dit zijn echter geen volksvertegenwoordigende organen, maar ambten waarin vertegenwoordigers van de afzonderlijke bonds- of deelstaten zitting hebben.¹⁰ Derhalve is voor het hof zonneklaar dat er in het Europees Parlement geen afgevaardigden zetelen namens ‘het Europese volk’, maar enkel namens de bevolkingen van de afzonderlijke lidstaten. In de EU is dus van ‘echte’ democratie geen sprake, waarmee het BVerfG bedoelt: een representatief stelsel, waarin absolute kiezersgelijkheid is gewaarborgd. Het hof beschouwt het Europees Parlement daarom slechts als een ‘Völkervertretung’, niet als een volwaardig parlement, een ‘Volksvertretung’.¹¹ Het concept van Europees burgerschap, vastgelegd in artikel 17 e.v. EG, doet daar niets aan af; deze hoedanigheid, die iedere onderdaan van één van de EU-lidstaten toekomt, blijft immers derivatief en secundair aan het nationale burgerschap, en het heft hoe dan ook de fundamentele kiezersongelijkheid niet op.¹²

Het Europese systeem schiet volgens het hof nog verder tekort, doordat er in het centrale vertegenwoordigende orgaan geen heldere coalitie-oppositietegenstelling bestaat. ‘Echte’ democratie veronderstelt dat de wil van de meerderheid van de bevolking in de samenstelling van het parlement en de regering tot uitdrukking komt.¹³ Het Europees Parlement kan echter om voornoemde redenen niet als spreekbuis van een soeverein Europees volk worden gezien, en de verkiezingsuitslag vormt dus ook

6. ‘Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.’

7. R.o. 208-218.

8. R.o. 211.

9. Indien ten minste iedere Luxemburger ook daadwerkelijk zou opkomen. Het hof baseert zich (r.o. 285) klaarblijkelijk op de Resolutie van het Europees Parlement van 11 oktober 2007 over de samenstelling van het Europees Parlement, *PbEU* 2008, C 227 E/132, bijlage 1, op artikel 14 lid 2 EU-Verdrag in de post-Lissabon-versie (*PbEU* 2008, C 115/1), en de aan de slotakte daarvan gehechte Verklaring (nummer 5) betreffende het politieke akkoord van de Europese Raad over het ontwerpbesluit inzake de samenstelling van het Europees Parlement (*PbEU* 2008, C 115/337).

10. R.o. 286.

11. R.o. 284.

12. R.o. 279; r.o. 347 e.v.

13. R.o. 213 e.v.

geen uiting van een Europese ‘Willensbildung’. Door de in het Europese stelsel ingebakken kiezersongelijkheid is ook niet uitgesloten dat een getalsmatige minderheid van EU-onderdanen een meerderheid van de leden van het Parlement afvaardigt, en zo zijn wil kan doordrukken ten koste van een (in het Parlement ondervertegenwoordigde) meerderheid van EU-onderdanen.¹⁴ Ondeugdelijk is volgens het hof eveneens dat de verkiezing en installatie van de (leden van de) Europese Commissie, de veronderstelde ‘regering’, niet enkel een zaak is van dit Parlement, maar de instemming en medewerking vereist van andere EU-instellingen, in het bijzonder de Europese Raad van Ministers.¹⁵ Zo lijkt de Unie in de verste verten niet op het optimale democratische systeem: een majoritair stelsel, waarin absolute kiezersgelijkheid garandeert dat zowel de volksvertegenwoordiging als de regering de wil van het volk weerspiegelen.

Het hof erkent echter tegelijk dat er ook alternatieve modellen denkbaar zijn, en dat statelijke modellen niet klakkeloos naar een niet-statale context kunnen worden getransponeerd. Niettemin zou aan alle representatieve stelsels gemeenschappelijk zijn dat kiezers op voet van gelijkheid staan, en door hun stem gestalte geven aan de meerderheidswil.¹⁶ De EU zakt door deze ondergrens, en laat het hof geen andere keuze dan een hard oordeel uit te spreken. Het ‘Demokratieprinzip’ is immers rotsvast verankerd in de Duitse grondwet, en ononderhandelbaar.¹⁷ Het idee van ‘Wahlgleichheit’ is volgens het hof overigens ook geen Duitse eigenaardigheid, maar een algemeen beginsel dat verbindend is voor alle Europese staten, hetgeen het bevestigd ziet in artikel 3 lid 1 EVRM en Straatsburgse jurisprudentie.¹⁸

2.3. ‘Echte’ democratie in de EU: nu niet, nooit niet
Hoewel het BVerfG dus wel zegt de deur open te houden voor andere verwezenlijkingsvormen, is zijns inziens ‘echte’ democratie eigenlijk alleen maar denkbaar in een

statale context. Het Europese systeem voldoet aan geen van de daarvoor geldende maatstaven, en het reëel existierende ‘democratisch tekort’ wordt te groot geacht. Opvallend is dan dat het hof tegelijk opmerkt dat de EU aan die maatstaven ook helemaal niet hoeft te voldoen, omdat het namelijk nog slechts een *Staatenverbund* is, waarvoor de eisen relatief lager liggen. In een *Staatenverbund* – een neologisme dat voor het eerst in het *Maastricht-Urteil* ter sprake kwam¹⁹ – moet de democratische legitimiteit principieel komen van de nationale parlementen en regeringen, waarbij het Europees Parlement slechts een aanvullende rol speelt.²⁰ Het hof giet niettemin de huidige (onvolkomen) situatie in beton: het desavoueert de huidige EU, omdat deze naar statale normen niet werkelijk democratisch is, en legt het primaat bij de lidstaten; de (enige) manier om het bestaande, problematische deficit te verhelpen zou dan federale staatsvorming op Europees niveau zijn, met een majoritair stelsel en evenredige vertegenwoordiging, maar dit voert volgens het hof tot een zgn. *Entstaatlichung* van de Bondsrepubliek, hetgeen de huidige *Grundgesetz* niet toestaat. Volgens het hof is dus de huidige situatie niet goed, maar deze moet paradoxaal genoeg wél in stand blijven.²¹

Het BVerfG liet zich al in het *Maastricht-Urteil* scherp uit over de staat van de democratie in de Europese Unie. Niettemin was de toon destijds nog hoopvoller. Weliswaar werd het Parlement toen reeds weggezet als een instelling die de EU slechts complementaire legitimiteit verschaft, maar hieraan was de belangrijke observatie toegevoegd dat een Europese publieke ruimte *nog niet* bestond, maar zich in de toekomst wel zou kunnen gaan ontwikkelen.²² Ook het burgerschap van de Unie werd niet zo gediskwalificeerd als tegenwoordig, maar gekenschetst als een juridisch bindende uitdrukking van een

14. R.o. 281.

15. Zie thans artikel 214 lid 2 EG; na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geldt artikel 17 lid 7 EU.

16. R.o. 215: ‘Eines ist aber allen Systemen repräsentativer Demokratie gemeinsam: Ein gleichheitsgerechter und frei zustande gekommener Mehrheitswille bildet sich – entweder im Wahlkreis oder in der proportional zustande gekommenen Versammlung – durch den Wahlakt.’

17. R.o. 216: ‘nicht abwägungsfähig’ en ‘unantastbar’.

18. R.o. 283; het hof verwijst hierbij naar o.a. EHRM 2 maart 1987, Series A, nr. 113, r.o. 54 (*Mathieu-Mohin en Clerfayt/België*). Ook in r.o. 217 en 268 e.v. wordt gezinspeeld op de universaliteit van dit principe.

19. Arrest van 12 oktober 1993; 2 BvR 2134, 2159/92; BVerfGE 89, 155; r.o. 90-112, r.o. 152 en r.o. 162.

20. Zie met name r.o. 271-272. Vanwege de universaliteit van het representatieve model wijst het hof alternatieve concepties (in het bijzonder participatieve/deliberatieve democratie) met zoveel woorden van de hand, al kunnen ‘neueren Formen transparenter oder partizipativ angelegter politischer Entscheidungsverfahren’ wel een ‘ergänzende Funktion’ hebben.

21. R.o. 228: ‘Das Grundgesetz ermächtigt die für Deutschland handelnden Organe nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben.’ Weliswaar voegt het hof hier direct aan toe: ‘Dieser Schritt ist wegen der mit ihm verbundenen unwiderruflichen Souveränitätsübertragung auf ein neues Legitimationssubjekt allein dem unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes vorbehalten’, maar in het daadwerkelijk uitoefenen van een dergelijk wilsbesluit gelooft het hof niet serieus: dat zou immers leiden tot de vrijwillige ‘oplossing’ van het Duitse staatsvolk in een Europees staatsvolk, met opgave van de in de *Grundgesetz* verankerde structuren, hetgeen onherroepelijk in strijd zou komen met de *Ewigkeitsklausel*.

22. Arrest van 12 oktober 1993; 2 BvR 2134, 2159/92; BVerfGE 89, 155, r.o. 99, 151. In zijn fameuze artikel ‘Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision’, *European Law Journal* 1995, p. 219, heeft J.H.H. Weiler het hof verweten dat het een te monolithische en organische opvatting van het begrip ‘Volk’ huldigde, en dat het te veel nadruk heeft gevestigd op de noodzakelijke homogeniteit daarvan; Europese integratie, die juist gebaseerd is op overlappende en niet-exclusieve identiteiten, zou een dergelijk demos ook nooit kunnen produceren. Diverse Duitse auteurs hebben er echter terecht op gewezen dat de opmerking van het hof over homogeniteit eigenlijk vrij terloops was, en in de hoofdredenering slechts van ondergeschikt belang. Ook doordat het hof expliciet de mogelijkheid openhield dat er in de toekomst, bij het ontstaan van een homogene publieke ruimte, een Europees demos tot wasdom zou komen, lijkt twijfel of het de notie ‘Volk’ werkelijk zo statisch-dogmatisch bezag als Weiler dat deed voorkomen. Het *Lissabon-Urteil* geeft nu wél blijk van een dergelijke visie, met fatale gevolgen voor de EU.

gemeenschap die de facto reeds bestond.²³ Totdat alle randvoorwaarden aanwezig zouden zijn voor het ontstaan van een volwaardige democratie op supranationaal niveau, was het aan de nationale parlementen om de constructie te schragen en principiële legitimiteit te verschaffen. In het *Lissabon-Urteil* lijkt er nog maar weinig over te zijn van de toenmalige welwillendheid: alleen een statelijk model wordt optimaal democratisch geacht, maar dat is op supranationaal niveau niet te verwezenlijken, al was het maar, omdat de Duitse grondwet dat niet toestaat. Het hof verduidelijkt uitgebreider dan voorheen waarom het Parlement geen volwaardig democratisch orgaan is. Met de afwijzing van federale staatsvorming op Europees niveau, sluit het tegelijkertijd echter volledig uit dat deze situatie ooit nog wezenlijk kan veranderen. In de huidige optiek moet de legitimiteit van de supranationale constructie daarom duurzaam bij de lidstatelijke parlementen blijven liggen. Het BVerfG stond kortom in 1993 nog open voor een positieve evolutie van de EU, maar anno 2009 sluit het die categorisch uit.

2.4. Drie kritische aanmerkingen

Zoals uit het voorgaande al enigszins naar voren komt, valt er het nodige aan te merken op de visie van het hof op democratie, en op de maatstaven die het daarvoor aanlegt. Drie aspecten verdienen een grondiger bespreking. Ten eerste, de gemeenschappelijke kern die het BVerfG in alle statelijke stelsels aanwezig acht, terwijl het daarbij een tamelijk simplistisch sjabloon toepast, dat de meeste federale stelsels eveneens door de mand zou doen vallen. Het hof spreekt zijn ongenoegen uit over de kiezersongelijkheid die inherent zou zijn aan het Europese kiesstelsel, maar in de meeste federale stelsels is evenmin sprake van een volstrekt evenredige vertegenwoordiging; deelstaten oefenen er eveneens een ongelijke invloed uit op de stembusuitslag, waarbij hun bevolkingsaantal niet allesbepalend is. Zo garandeert de grondwet van de Verenigde Staten dat namens iedere staat ten minste één lid in het Huis van Afgevaardigden zetelt, ook die staten die daar, vanwege een te kleine hoeveelheid inwoners, ten opzichte van de andere deelstaten eigenlijk geen recht op zouden hebben.²⁴ Daarnaast worden de presidentsverkiezingen er niet beslecht op basis van evenredigheid, maar naar rato van het aantal kiesmannen dat een kandidaat in het *Electoral College* achter zich krijgt. Bovendien hebben de kleinste deelstaten, ongeacht hun bevolkingsaantal, altijd drie kiesmannen in dat *College*. Zodoende zijn staten met minder inwoners dan andere daar eveneens oververtegenwoordigd. Het idee van 'one man, one vote' en het beginsel van kiezersgelijkheid zijn dus niet zo universeel als het BVerfG doet voorkomen.

Een tweede bedenking geldt 's hofs visie op een eventuele Europese staat, en de eis van duidelijke coalitie-oppositie-

verhoudingen. Voor het BVerfG is de enige voorstelbare (maar juridisch verboden) conceptie van een dergelijke staat, een unitair systeem met een majoritair stelsel. Het institutionele ontwerp van federaties is echter bepaald niet uniform. De meeste stelsels wijken juist af van het genoemde model, en bevatten een mix van unitaire en federale elementen. Zo is Zwitserland een federale democratie zonder een majoritair representatief stelsel, waar de deelstaten (kantons) op voet van gelijkheid zijn vertegenwoordigd in de *Ständerat*, die dezelfde wetgevende bevoegdheden heeft als de (evenredig verkozen) *Nationalrat*. Het Duitse stelsel zelf is evenmin werkelijk majoritair, aangezien een aantal wetsvoorstellen (zgn. *Zustimmungsgesetze*, te onderscheiden van *Einspruchsgesetze*) door zowel *Bundestag* als *Bundesrat* aangenomen moeten worden.²⁵ Het hof acht de EU 'überföderalisiert', gezien het onevenwichtige kiesstelsel – maar volgens de maatstaven van het BVerfG zouden Zwitserland, de VS, en eigenlijk ook de Bondsrepubliek zelf eveneens te sterk gefederaliseerd zijn. In feite bestaat er geen uniforme standaard voor het evalueren van democratische legitimatie in federale stelsels. Niettemin acht het hof zichzelf capabel om de EU en haar Parlement te wegen en te licht te bevinden.

Een derde en laatste bedenking is, dat het hof hierbij geen recht doet aan de taakopvatting van hedendaagse Euro-parlementariërs, en aan de veranderde rol van het Parlement door de jaren heen. De Parlementsleden gedragen zich al decennialang niet meer als nationale afgevaardigden, maar als ambtsbekleders op supranationaal niveau, gerangschikt niet naar geografische afkomst, maar op basis van hun politieke gezindte. Ook de toegenomen bevoegdheden van het Parlement (o.a. ten aanzien van de vaststelling van wetgeving, financiële zaken (vrijwel volledig budgetrecht), de aanstelling van de leden van de Europese Commissie) leggen voor het hof geen gewicht in de schaal; vanwege de onaanvaardbare ongelijkheid die in de verkiezingsprocedure is ingebakken, zou het Parlement niet als een volwaardig democratisch orgaan kunnen worden beschouwd. Volgens diezelfde logica zou echter geen enkele senaat, inclusief de Duitse *Bundesrat*, een volwaardig democratisch orgaan zijn. Het Europese stelsel kent evenwel in één opzicht juist een *grotere* mate van gelijkheid dan zijn lidstatelijke evenknieën, aangezien het niet bij geografische afkomst aanknoopt, en iedere EU-burger in elke lidstaat zijn stem kan uitbrengen en zich kandidaat kan stellen voor een zetel.

Het meest verwarrende is dat het Verdrag van Lissabon uiteindelijk toch verenigbaar blijkt met de Duitse grondwet. Kennelijk voldoet de EU dus wél aan de democratische maatstaven van het BVerfG, anders had het Verdrag immers afgekeurd moeten worden. De hamvraag

23. *Ibid.*, r.o. 97.

24. US Constitution, Article 1, Section 2, Clause 3. De VS heeft 307 miljoen inwoners en het Huis van Afgevaardigden 435 zetels, waardoor formeel 705 000 kiezers nodig zouden zijn voor een zetel. Toch hebben staten als Wyoming (530 000 inwoners), Vermont (620 000 inwoners) en North Dakota (640 000 inwoners) één zetel in plaats van nul, en heeft een staat als Utah (2,8 miljoen inwoners) drie zetels in plaats van vier.

25. Het systeem is recent wel herzien, zodat in minder gevallen dan voorheen *Einstimmung* van de Bondsraad noodzakelijk is; hierover Hans-Werner Rengeling, 'Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen', *Deutsches Verwaltungsblatt* 2006, p. 1537. Toch blijft dit op een fors aantal terreinen nog altijd het geval. Zie voor een overzicht bijv. Thomas Mann, 'Artikel 77', in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, p. 1564.

is dan hoe zinvol de eerdere exercities waren. De lezer blijft achter met een uitgebreide opsomming van wat er allemaal niet deugt aan het Europese systeem, maar door de diverse inconsistenties en de apodictische redeneerstijl, is het moeilijk om uit de betreffende rechtsoverwegingen zinvolle, meer algemene lessen te trekken.

3. De aard van de Unie en de positie van de lidstaten: een terminologisch kluwen

3.1. De EU als Staatenverbund

Zoals hierboven al aangestipt, herhaalt het hof zijn eerdere typering uit het *Maastricht-Urteil* van de EU als een *Staatenverbund*. Die term had het in de jaren na dat oordeel niet meer in de mond genomen. Daarmee leek het een eenmalige trouvaille uit de koker van Paul Kirchhof (de rechter-rapporteur voor het wijzen van het vorige arrest), die na diens afscheid geen lang leven zou zijn beschoren.²⁶ De term vindt nu hernieuwd ingang, en wordt ook duidelijker gedefinieerd:

‘Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.’²⁷

Bij een *Staatenverbund* lijkt het dus te gaan om een (internationale) publiekrechtelijke constructie die berust op de wil tot samenwerking van de deelnemende staten, die volledig onder hun controle blijft, en dus ook vrijelijk en te allen tijde door hen geliquideerd of aangepast kan worden. Het gaat dus noch om een statenbond (confederatie), laat staan om een klassieke bondsstaat (federatie), maar iets daar tussenin, waarvoor het hof echter evenmin de voor *Europarechtler* vertrouwde etiketten ‘communautair’ of ‘supranationaal’ uit de kast wil halen.²⁸ Het gaat hier in feite om een bewuste diskwalificatie van de bestaande structuren, die in de opvatting van het BVerfG ook

alleen een afgeleide legitimiteit kennen. Het hof zet, zoals gezegd, deze situatie bovendien ‘op slot’, omdat de EU alleen een originele legitimiteit zou kunnen gaan verwerven wanneer ze de grenzen die de Duitse grondwet stelt waagt te overschrijden.²⁹ Het hof kan zich dus in zekere zin wél vinden in de populaire aanduiding van het Europese model als ‘sui generis’, maar dit levert dan geen verzachtende omstandigheden op: de Unie is inderdaad eigenaardig, omdat ze ergens tussen de nationale en de internationale rechtsordes in zweeft;³⁰ ze hoeft ook beslist niet ‘staatsanaloog’ ingericht te zijn; tegelijkertijd kan en mag ze dat ook helemaal niet; ze wordt dan echter wel verweten aan een democratisch deficit te lijden, waarvoor de nationale parlementen duurzaam (moeten) compenseren.

3.2. ‘Soeverein blijvende lidstaten’

Het hof herhaalt eveneens de eerdere bezweringsformule uit het *Maastricht-Urteil*, dat de Europese constructie bestaat uit een verbond van *soeverein blijvende* staten.³¹ Bezien vanuit het volkenrecht is deze formulering volkomen achterhaald, en heeft ze zelfs absurde trekken. Door het lidmaatschap van internationale organisaties, de gebondenheid aan diverse verdragen, en de onderworpenheid aan ‘ius cogens’-normen, kan immers geen enkele staat ter wereld meer pretenderen nog daadwerkelijk soeverein te zijn. De gemeenplaats in de Europese doctrine en de jurisprudentie van het Hof van Justitie is bovendien dat de lidstaten met de oprichting van Europese Gemeenschappen een nieuwe rechtsorde in het leven hebben geroepen, ten bate waarvan ze hun soevereiniteit definitief en onvoorwaardelijk hebben beperkt – aanvankelijk op een beperkt, langzaamaan op een steeds breder terrein.³² Het BVerfG lijkt hier dus in een staat van ontkenning te verkeren, dan wel wilde het bewust een ramkoers varen. Anderzijds hoeft men het begrip soevereiniteit niet per se op te vatten in de betekenis die zo nauw verbonden is met de noties onafhankelijkheid, niet-onderworpenheid en zelfbeschikking; men kan soevereiniteit ook benaderen als een meer kwantitatief begrip, in de zin van een bundel bevoegdheden die aan een staat zijn toe-

26. Zie bijv. Paul Kirchhof, ‘Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht’, in: Paul Kirchhof & Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), *Europarecht*-Beiheft 1/1991, p. 11-25; Paul Kirchhof, ‘Die Staatsvielfalt – ein Wesensgehalt Europas’, in: Johannes Hengstschläger et al. (Hrsg.), *Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck*, Berlin: Duncker & Humblot 1994, p. 947-958; Paul Kirchhof & Peter Hommelhof (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1993.

27. R.o. 229.

28. Zie daarover uitgebreid R. Barents, *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, die overigens de term ‘supranationaal’ niet geschikt acht voor een bijzondere duiding van het gemeenschapsrecht, en het aanduidt als een ‘schijnparadigma’ (p. 64).

29. Zij het dat de overige lidstaten samen verder zouden kunnen gaan als de Bondsrepubliek uit de EU zou treden. Het BVerfG verkondigde overigens ten onrechte al in 1993 dat er in de EU een recht op eenzijdige verdragsbeëindiging zou bestaan; vgl. H. de Waele, ‘The European Union on the Road to a New Legal Order – The Changing Legality of Member State Withdrawal’, *Tilburg Foreign Law Review* 2005, p. 169-189.

30. De theoretische discussie over aard en wezen van de Europese constructie is schier eindeloos. In 1985 typeerde toenmalig Commissievoorzitter Delors de EG puntig als een ‘Unidentified Political Object’. Een aperçu van eerdere omschrijvingen en definities, en een eigentijdse poging om tot een steekhoudend etiket te komen, biedt J.A. Hoeksma, *De EU als Unie van burgers en lidstaten*, Deventer: Kluwer 2009.

31. O.a. r.o. 150, 229, 249, 272, 278, 287. Volgens sommigen gaf het arrest uit 1993 al blijk van een heuse ‘sovereiniteitsobsessie’, maar die is dan sindsdien hevig in kracht toegenomen: in het huidige arrest komt de term, alle variaties meegerekend, maar liefst vijftig keer voor, tegen slechts acht keer in het *Maastricht-Urteil*.

32. Zie Barents, a.w. (noot 28), p. 9, en o.m. HvJ EG, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend en Loos*); HvJ EG, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/ENEL*); HvJ EG, Advies 1/91 inzake de Europese Economische Ruimte, *Jur.* 1991, p. I-6079. Barents, p. 282, wijst erop dat de Franse versies van de arresten van oudsher reppen van ‘sovereine rechten’ (droits souverains), niet van ‘sovereiniteit’. Toch waren de Nederlandse versies van meet af aan gelijkelijk authentiek, en wordt in hedendaagse arresten nog altijd de term soevereiniteit gebruikt, niet soevereine rechten; zie bijv. GvEA EG 1 juli 2009, zaak T-24/07, n.n.g., r.o. 63 (*ThyssenKrupp Stainless/Commissie*).

bedeeld, als een verzameling wezenlijke staatscompetenties die deel van zijn identiteit uitmaken.³³ Zo bezien poneert het Duitse hof dan niet dat de lidstaten volledig autonoom blijven, maar erkent het wel degelijk dat de EU-lidstaten een aantal van hun bevoegdheden aan een hoger niveau hebben overgedragen.³⁴ In het *Lissabon-Urteil* klinkt echter toch meer een nadruk op zelfstandigheid en absolute ongebondenheid door: het hof hamert op de rol van de lidstaten als de almachtige *Herren der Verträge*, die slechts op een beperkt terrein rechten hebben overgedragen, die te allen tijde weer zijn terug te nemen.³⁵ Dit is en blijft moeilijk verenigbaar met het Europese uitgangspunt.³⁶ Hierbij moet overigens wel worden aangetekend dat het BVerfG niet helemaal alleen staat in zijn visie; ook andere constitutionele rechters zijn wat afgedwaald van de ‘communautaire orthodoxie’, en koesteren eigenzinnige opvattingen over de aard en duur van de overdracht van rechten aan de EU.³⁷

3.3. *Anwendungs- versus Geltungsvorrang*

Voor het hof is een consequentie van het behoud van soevereiniteit door de lidstaten, dat het Europese recht geen onvoorwaardelijke voorrang toebedeeld kan krijgen. Het BVerfG erkent slechts een *Anwendungsvorrang*, waarbij conflicterend nationaal recht uitsluitend buiten toepassing blijft wanneer en voor zover dat Europeesrechtelijk noodzakelijk is:

‘Das Bundesrecht bricht aufgrund der grundgesetzlichen Anordnung entgegenstehendes Landesrecht’ (vgl. Art. 31 GG). ‘Eine solche rechtsvernichtende, derogierende Wirkung entfaltet das supranational begründete Recht nicht. Der europarechtliche Anwendungsvorrang lässt entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht in seinem Geltungsanspruch unberührt und drängt es nur in der

Anwendung soweit zurück, wie es die Verträge erfordern und nach dem durch das Zustimmungsgesetz erteilten innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl auch erlauben. Gemeinschafts- und unionswidriges mitgliedstaatliches Recht wird lediglich soweit unanwendbar, wie es der entgegenstehende gemeinschafts- und unionsrechtliche Regelungsgehalt verlangt.’³⁸

Het hof weersprekt hiermee de argumenten van klagers, dat met de goedkeuring van het Verdrag van Lissabon, en in het bijzonder vanwege een daaraan gehechte Verklaring³⁹, de Bondsrepubliek ja zou zeggen tegen een absolute, onvoorwaardelijke voorrang (*Geltungsvorrang*), wat zou neerkomen op een volledige onderschikking van Duits recht aan een Europees federaal recht.⁴⁰ Het BVerfG ontkent zo het bestaan van een formele hiërarchie, maar aanvaardt slechts dat het Europees recht in de praktijk, voor de duur van het lidmaatschap van de EU, voorgaat op conflicterend nationaal recht. Van een verticale relatie tussen Duits en Europees recht is kortom geen sprake; de verhouding is horizontaal, en beide systemen zijn intrinsiek gelijkwaardig.

Ook deze zienswijze laat zich echter moeilijk rijmen met het gevestigde communautaire uitgangspunt. Het kernidee is sinds 1964 dat het Europees recht een absolute en onvoorwaardelijke gelding moet toekomen in de lidstaten. Daarenboven is de grondslag van deze voorrang exclusief gelegen in het (karakter van) het Europees recht zelf.⁴¹ Niettemin is er voor de Duitse positie wel één houvast te vinden in (jongere) rechtspraak van het Hof van Justitie, waarbij verduidelijkt is dat conflicterend nationaal recht niet vanwege de strijdigheid van rechtswege nietig of non-existent is, maar slechts buiten toepassing moet

33. Zo bijv. L.F.M. Besselink, ‘Tussen supranationaliteit en soevereiniteit: over het niet-communautaire recht van de Europese Unie’, in: L.F.M. Besselink et al., *Europese Unie en nationale soevereiniteit*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 154-155. Zie voor andere typologieën o.m. de bijdragen in Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishing 2003, en in Gelijs Molier & Timo Slootweg (red.), *Soevereiniteit en recht. Rechtsfilosofische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

34. Zij het dat het *Staatenvverbund* niet lijkt te worden gezien als een zelfstandige entiteit die deze bevoegdheden zou kunnen uitoefenen; het zou hier dan gaan om een overgang naar een situatie waarin de gebundelde overgedragen soevereine rechten in gezamenlijkheid, door de lidstaten verenigd in het *Staatenvverbund*, worden uitgeoefend.

35. Zie r.o. 231-233: de EU is zelfs een ‘auf dem Prinzip der umkehrbaren Selbstbindung beruhenden Staatenverbund’, wat het hof voornamelijk baseert op het (gecodificeerde) uittredingsrecht. Ook in r.o. 329 e.v. borduurt het hier lustig op voort, waar het tevens opmerkt dat ‘Jeder Mitgliedstaat (...) auch gegen den Willen der anderen Mitgliedstaaten aus der Europäischen Union [kann] austreten’; vgl. hierboven, noot 29.

36. Vgl. hierboven, noot 32. De visie van het BVerfG onderschat bovendien de rol van het Europees Hof van Justitie, die sterk afdoet aan de perceptie van de lidstaten als de *Herren der Verträge*; hierover H. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 89-93 en 394-399.

37. Bijv. in Frankrijk, Spanje en Polen, waarover hieronder nader, in paragraaf 5; men vergelijk ook de ietwat curieuze formulering in artikel 88-1 van de Franse grondwet: ‘La République participe aux Communautés européennes et à l’Union européenne, constituées d’États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d’exercer en commun certaines de leurs compétences.’ (Cursivering toegevoegd)

38. R.o. 335; hierover tevens r.o. 336-343, 240, 255.

39. Zie de Verklaring (nr. 17) betreffende de voorrang (*PbEU* 2008, C 115/335), waarin o.a. wordt gememoreerd dat, ‘in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de Verdragen en het recht dat de Unie op grond van de Verdragen vaststelt, voorrang hebben boven het recht van de lidstaten, onder de voorwaarden bepaald in die rechtspraak’. Hierbij wordt wel gemaximaliseer vergeten dat het Hof van Justitie zich tot op heden niet heeft uitgelaten over de voorrang van het EU-recht, waar in 2005 de Nederlandse Referendumcommissie in zijn brochure terecht op wees. In die zin bevatte artikel I-6 van het verworpen Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (*PbEU* 2004, C 310/1: ‘De Grondwet en het recht dat de instellingen van de Unie bij de uitoefening van de haar toegedeelde bevoegdheden vaststellen, hebben voorrang boven het recht van de lidstaten.’) daadwerkelijk een noviteit.

40. Het onderscheid tussen *Anwendungsvorrang* en *Geltungsvorrang* is in de Duitse rechtsleer courant, en al veel eerder door het *Bundesverfassungsgericht* omarmd. Zie m.n. het *Solange-II*-oordeel, 2 BvR 197/83; BVerfGE 73, 339, r.o. 103.

41. Zie o.m. HvJ EG, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/ENEL*); HvJ EG, Advies 1/91 inzake de Europese Economische Ruimte, *Jur.* 1991, p. I-6079, r.o. 21; HvJ EG, gevoegde zaken C-402/05P en C-415/05P, *Jur.* 2008, p. I-6351, r.o. 282 (*Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad*).

blijven.⁴² Tegelijk, door te ontkennen dat de voorrang uit de aard van het Europese recht zelf voortvloeit, en deze aan te merken als eenvoudige conflictregel die exclusief is gebaseerd op de erkenning daarvan door de Duitse grondwet (en de Duitse ratificatie van de Europese verdragen), verwerpt het hof toch de essentie van de doctrine zoals verwoord in Luxemburg, waar wel degelijk een hiërarchische voorstelling wordt aangehangen. Nochtans geldt ook hier dat diverse andere nationale rechters een vergelijkbare opvatting huldigen als het BVerfG.⁴³

3.4. Constitutioneel pluralisme als oplossing?

Om de gapende kloof tussen beide zienswijzen te overbruggen, heeft de laatste jaren het model van 'constitutioneel pluralisme' ingang gevonden.⁴⁴ Dit model gaat uit van het naast elkaar bestaan van meerdere rechtsordes, die zich individueel volledig autonoom weten, en waarbinnen alleen de eigen regels en beginselen worden toegepast. Niettemin kunnen (normen uit) de afzonderlijke rechtsordes elkaar overlappen, zoals Europese regels die onderwerpen bestrijken die ook nationaal zijn geregeld. In dergelijke gevallen ligt de oplossing dan niet in enige vorm van hiërarchisch denken, maar in pragmatische interactie. Iedere afzonderlijke rechtsorde kan voor zichzelf niet anders dan uitgaan van zijn eigen autonomie en mag dat blijven doen, maar dit betekent niet dat desgevallend een regel uit de ene orde geen werking in de andere zou kunnen ontplooiën. Het model van constitutioneel pluralisme erkent de legitimiteit van de aanspraken van zowel de rechtsorde van de Unie als die van de lidstaten; de nadruk ligt echter op communicatie en tweerichtingsverkeer, waarbij nu eens regels uit de ene, dan weer uit de andere rechtsorde prevaleren. De concurrentieverhouding blijft bestaan, maar dwingt beide tot flexibiliteit en dialoog. Denken in deze termen maakt het mogelijk te ontsnappen aan het statische, binaire model, waarbij het absolute primaat aan de nationale, dan wel aan de Europese rechtsorde moet toekomen.⁴⁵

Bij de 'oplossing' van het model van constitutioneel pluralisme moeten echter wel drie probleempunten worden aangetekend. Ten eerste zal het in de ogen van de Duitse rechters niet veel verschillen van hun eigen oplossing, waarbinnen de autonome aanspraken van het Europees recht weliswaar worden verworpen, maar de *Anwendungsvorrang* het mogelijk maakt dat EU-regels met voorrang werking ontplooiën op Duits grondgebied. Ten tweede gaat het hier niet om een normatief, maar een descriptief en verklarend model, dat hoofdzakelijk een lens biedt

waardoor bepaalde informatie kan worden verwerkt en geordend. Het lost de vraag naar de grondslag van de voorrang (Europees of nationaal recht?) ook niet op. Die vraag blijft onbeantwoord, onder de noemer dat er gezocht moet worden naar empirische oplossingen, en dat er ook geen noodzaak is om het conflict op te lossen.⁴⁶ Een derde kanttekening hangt nauw met het voorgaande samen, namelijk dat het model veel te weinig richting geeft: de rechtspraktijk vraagt juist om duidelijkheid, om heldere verhoudingen tussen verschillende niveaus en actoren. Zonder een vast patroon waarop rechters en justitiabelen kunnen vertrouwen en voortbouwen, dreigt de verhouding tussen Unie en lidstaten te vervallen tot anarchie, resteert slechts een kakofonie van aanspraken. Van rechtszekerheid blijft ook weinig over bij een pot-pourri van regels en oplossingen. Het model van constitutioneel pluralisme biedt zodoende wel een fascinerend vergezicht, maar reikt geen duurzame oplossing aan voor de botsende perspectieven tussen 'Karlsruhe' en 'Luxemburg'.

3.5. Een kwestieuze Staatsaufgabenlehre

Dat in de optiek van het hof de kloof tussen de Unie en de lidstaten dieper is dan ooit tevoren, komt ook nog in een andere passage naar voren. Het BVerfG identificeert daarin een aantal wetgevende bevoegdheden die hoe dan ook bij de lidstaten moeten blijven, namelijk op het gebied van het straf(proces)recht, ten aanzien van het politieke en militaire geweldsmonopolie, de regeling van de openbare financiën en het belastingstelsel, de inrichting van de sociale zekerheid, en op het gebied van cultuur, onderwijs en religie.⁴⁷ Deze proeve van een zogenaamde 'Staatsaufgabenlehre' is alleen al hierom opmerkelijk, omdat er in Duitsland boekenplanken over zijn volgeschreven, maar men het nooit eens is kunnen worden over een definitieve canon van noodzakelijke staatsfuncties.⁴⁸ Frappant is daarnaast dat de canon van het hof precies die terreinen omvat waar de EU op dit moment ofwel nog niet (volledig) competent is, dan wel slechts ondersteunende bevoegdheden heeft. Tegelijk voorziet het Verdrag van Lissabon in mogelijkheden voor de Unie om (verdergaande) bevoegdheden op de genoemde terreinen aan zich te trekken, o.a. ten aanzien van strafrechtsharmonisatie en het opzetten van een gezamenlijke defensiestructuur. Opvallend is verder, dat het muntrecht en andere bevoegdheden in de monetaire sfeer in de canon ontbreken, terwijl daarvan toch gedacht zou mogen worden dat juist die tot de kern van de nationale soevereiniteit behoren. Deze ommissie mag echter niet verbazen,

42. Zie gevoegde zaken C-10/97 t/m C-22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307, r.o. 21 (*IN.CO.GE.* '90).

43. Zie voor een bondig overzicht Paul Craig & Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 353-377, die concluderen (p. 377): 'While there are exceptions, most notably in the Netherlands, most Member States continue to locate the authority of EU law in the national legal order centrally within the national constitution, and not in the jurisprudence of the Court of Justice or in the sovereignty of the EU.'

44. Het idee van rechtspluralisme is al sinds jaar en dag courant onder rechtsantropologen. De notie wordt pas recent gebezigd in de context van de EU. Als peetvader daarvan wordt gewoonlijk de Britse rechtsfilosoof Neil MacCormick (1941-2009) beschouwd; zie diens *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999, alsook 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', *European Law Journal* 1995, p. 259-266.

45. R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009, p. 53.

46. *Ibid.*, p. 51.

47. R.o. 249 e.v.; volgens het hof gelden deze bevoegdheden al vanaf het begin der tijden ('seit jeher') als 'besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates' (r.o. 252).

48. Zie Christoph Möllers, *Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2008, p. 44-47.

gezien het feit dat de meeste EU-lidstaten de betreffende competenties hebben prijsgegeven bij hun toetreding tot de Economische en Monetaire Unie. Daarvan melding maken kwam het BVerfG waarschijnlijk niet echt goed uit, omdat het één van de poten onder zijn canon weg zou zagen. De pragmatisch ingevulde ‘Staatsaufgabenlehre’ rammelt dus behoorlijk, en is bovendien precies zo geformuleerd dat die de huidige EU klemzet; op alle terreinen waarnaar de Europese samenwerking zich in de toekomst (verder) zou willen uitbreiden, zal immers (onaanvaardbaar) worden getreden in het soevereine wezen van de lidstaten. De redenering is nochtans niet heel overtuigend, omdat het hof zichzelf opnieuw tegenspreekt; in een voorafgaande overweging stelt het dat de *Grundgesetz* juist niet voorschrijft dat een bepaald aantal of type soevereine rechten duurzaam bij de lidstaten moet blijven.⁴⁹

4. De toekomstige rol van het Bundesverfassungsgericht

Uit bovenstaande zal reeds duidelijk zijn dat het BVerfG een bijzondere rol voor zichzelf ziet weggelegd: het is de *Hüter der Verfassung*, die sterker dan voorheen de Europese integratie op zijn grenzen moet wijzen.⁵⁰ In *Solange II* toonde het zich nog van een vriendelijker kant, en sprak het zijn vertrouwen uit in het supranationale verdragssysteem, dat in beginsel voldoende (rechts)bescherming voor Duitse constitutionele normen en waarden zou bieden. Het gaf niettemin geen blanco cheque af, maar behield zich het recht voor de grondwettelijkheid van Duitse implementatiewetgeving van EG-regels te toetsen. In het *Maastricht-Urteil* ging het een stap verder: het herinnerde er eens te meer aan dat de Europese instellingen binnen de grenzen van hun bevoegdheid moesten blijven, en dat eventuele *ultra vires*-handelingen (*ausbrechende Rechtsakte*) in de Bondsrepubliek iedere verbin-

dende kracht zouden missen. Welke nationale autoriteiten daarover precies zouden mogen oordelen liet het indertijd nog in het midden.⁵¹ Gaandeweg werd echter duidelijk dat het zichzelf beschouwde als de ultieme scheidsrechter van legaliteit en illegaliteit in de EU, die in het geval van eventuele *Kompetenzüberschreitung* het *Letztentscheidungsrecht* bezat.⁵² Sindsdien heeft het evenwel nooit daadwerkelijk gebruik gemaakt van die bevoegdheid, hoewel het daar door de jaren heen meerdere kansen voor heeft gekregen. Bij die gelegenheden heeft het echter de drempels voor de betreffende claims juist verhoogd.⁵³ Het *Maastricht-Urteil* leek dus achteraf op dit punt niet meer dan een loos dreigement te bevatten, ook al had het hof de uitlatingen als zodanig nooit teruggenomen.

In *Lissabon* herhaalt het nu zijn eerdere positie, die verder wordt uitgebreid en nader wordt gemotiveerd. Niet alleen kan Europese wet- en regelgeving nog altijd door het BVerfG op rechtmatigheid worden getoetst, ook de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie is voortaan aan een dergelijke controle onderworpen.⁵⁴ Daarvoor staan voor de burger vanaf nu twee verschillende procedures open: ofwel de *ultra vires*-route, waarbij men beklag doet over ‘manifeste bevoegdheidsoverschrijdingen’ door de Europese instellingen (waarbij inbegrepen het niet-eerbiedigen van het subsidiariteitsbeginsel⁵⁵), dan wel het verzoeken om *Identitätskontrolle*, waarbij de *Verfassungsbeschwerden* zijn gericht op een schending van de basisbeginselen van de Duitse constitutionele ordening waarop de statelijke identiteit berust.⁵⁶ Deze laatste nieuwe rechtsingang moet compenseren voor eventuele tekortkomingen van de eerder gelanceerde *ultra vires*-procedure. Ze maakt het mogelijk om een eventuele aantasting van de identiteit van de Bondsrepubliek (o.a. het *Demokratie*- en het *Sozialstaatsprinzip*) en erosie van de essentiële soevereine bevoegdheden (zie de bovengenoemde *Staatsaufgaben*) stante pede aan de kaak te stel-

49. Zo r.o. 248: ‘Die vom Demokratieprinzip im geltenden Verfassungssystem geforderte Wahrung der Souveränität im vom Grundgesetz angeordneten integrationsoffenen und völkerrechtsfreundlichen Sinne, bedeutet für sich genommen nicht, dass eine von vornherein bestimmbare Summe oder bestimmte Arten von Hoheitsrechten in der Hand des Staates bleiben müssten.’

50. Over dit beladen begrip ging in de jaren dertig van de vorige eeuw het bekende debat tussen Carl Schmitt en Hans Kelsen, waarbij de vraag was wie uiteindelijk het primaat toekomt wanneer het gaat om de bescherming van de constitutionele staatsorde. Kelsen gaf de voorkeur aan een juridische, Schmitt aan een politieke instantie (hierover nader Thomas Mertens, *Kant in Weimar. Beschauungen bij de ontmanteling van een republiek*, Deventer: Kluwer 2000, p. 27-32). Franz Mayer, *Rashomon in Karlsruhe*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Paper No. 07/08, p. 4, wijst erop dat het BVerfG zich in zijn *Lissabon-Urteil*, door zijn eigen bevoegdheden uit te breiden, boven de Europese politiek heeft geplaatst: ‘[D]as Gericht setzt sich mit dieser Selbstüberhöhung in Widerspruch zu seiner Betonung der Bedeutung des Parlamentes. Das BVerfG als Oberaufpasser in Europa, dem bald andere Gerichte nacheifern werden, mit verheerenden Folgen.’

51. Sommigen gingen ervan uit dat ieder Duits orgaan (wetgevend, uitvoerend, rechterlijk) daartoe bevoegd zou zijn (zo bijv. C. Tomuschat, ‘Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts’, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1993, p. 494); anderen meenden dat die bevoegdheid slechts toekwam aan het BVerfG, en dan ook nog alleen in uitzonderingsgevallen (zo bijv. J. Kokott, ‘Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – zum Vertrag von Maastricht’, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1994, p. 218 e.v.).

52. Het *Lissabon-Urteil* bevestigt dit vermoeden, bijv. in r.o. 340: ‘Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten. Es verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden.’; de hoogste interpreet van die *Verfassung*, en daarmee de spreekbuis namens dat *Volk*, is dus het hof zelf.

53. Met name in de zgn. *Bananenmarkt-Entscheidung* van 7 juni 2000 (2 BvL 1/97; BVerfGE 102, 147), r.o. 62: ‘[A]uch nach der [Maastricht-]Entscheidung (...) sind Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (...) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.’; voortaan stonden justitiabelen voor de opgave *onomstotelijk* aan te tonen dat de rechtsbescherming in de EU in zijn *algemeenheid* ontoereikend is.

54. R.o. 338 e.v.; in het oordeel in *Solange II*, r.o. 37, had het hof dit juist nog met zoveel woorden uitgesloten.

55. Dit is opmerkelijk omdat het (voorheen in artikel 5 EG, tegenwoordig in artikel 5 EU vastgelegde) subsidiariteitsbeginsel niet ziet op het bezit en de grenzen van communautaire bevoegdheden, maar op de (wijze van) uitoefening daarvan.

56. R.o. 240.

len. Dit alles heeft voor toekomstige klagers uiteraard een drempelverlagend effect, zij het, dat het hof zegt zijn controle alleen te willen uitoefenen in het geval van evidente competentieoverschrijding, in bijzondere gevallen, en onder speciale, niet nader gespecificeerde voorwaarden.⁵⁷ Toekomstige klagers blijven bovendien nog enigszins in het ongewisse, omdat het hof weinig interesse toont om aan te geven op welke procesrechtelijke bepaling zij zich precies zouden moeten beroepen.⁵⁸

Het BVerfG is duidelijker over de ratio achter dit versterkte toezicht. Zijns inziens vloeit de nood aan steviger controle voort uit de *Europafreundlichkeit* van de Duitse grondwet. De *Grundgesetz* maakt uitdrukkelijk melding van Europese samenwerking en verklaart de Bondsrepubliek bevoegd aan dit proces deel te nemen (met name in artikel 23 GG). Hoe paradoxaal ook, juist om het goed functioneren van de communautaire rechtsorde (*Funktionsfähigkeit*) te waarborgen, stelt het hof dat het zelf, in overeenstemming met artikel 100 GG, exclusief bevoegd is een Europeesrechtconforme toepassing van Duits constitutioneel recht te garanderen.⁵⁹ Het ziet in de grondwet ook een beginsel van *Integrationsverantwortung* vastgelegd, dat zich tot alle Duitse staatsorganen uitstrekt, en hen opdraagt om bij bevoegdheidsoverdracht en besluitvorming in supranationaal verband te allen tijde de democratische beginselen van de Bondsrepubliek in het oog te houden.⁶⁰ Door het toestaan van *Identitätskontrolle*-procedures neemt het BVerfG zelf alvast zijn verantwoordelijkheid, maar het is dus slechts één van de ambten die hierop moeten toezien.

In feite hinkt het hof hier opnieuw op twee gedachten, zonder dat het zich rekenschap geeft van de tegenstrijdigheden in zijn redenering. In de ene overweging benadrukt het de constitutionele plicht van alle overheidsorganen om zich positief te verhouden ten opzichte van het Europese integratieproces,⁶¹ tegelijkertijd ziet het er geen been in om zich extra bevoegdheden aan te meten die verdere voortgang een spaak in de wielen zouden kunnen

steken. Het (uit de eigen mouw geschudde) idee van *Integrationsverantwortung* betekent voor het hof precies het omgekeerde als wat men zou verwachten, en dient als legitimatie voor een grondhouding die de EU in de toekomst eerder in de problemen zal brengen dan daarvoor behoeden.⁶² Ook de *Ewigheidsklausel* wordt ingezet als een permanente barricade tegen ‘meer Europa’, wat het tegenovergestelde is van waar ze ooit voor bedoeld is.⁶³ Verbazingwekkend is dat zelfs artikel 23 GG, de kernbepaling inzake het Duitse EU-lidmaatschap, wordt opgevat als hindernis in plaats van als toegangsdeur.⁶⁴ Het BVerfG leest de grondwet dus bij herhaling *a contrario*, om zo zijn eigen eurosceptis te funderen – een merkwaardige manier om uiting te geven aan de veronderstelde ‘verantwoordelijkheid voor het integratieproces’.

5. Het Duitse voorbeeld: *Sonderweg* of *Wegweiser*?

5.1. Een recept voor instabiliteit

Waar indertijd de negatieve oordelen van Franse en Spaanse constitutionele rechters over het Verdrag van Maastricht met gelatenheid werden ontvangen⁶⁵, zond het polemische *Maastricht-Urteil* van het BVerfG schokgolven door de EU. Serieuze gevolgen bleven niettemin uit: de verhoudingen tussen de Duitse en de communautaire rechtsorde waren op scherp gezet, maar wat volgde was veeleer een geleidelijke detente dan een verdere escalatie. De geschiedenis herhaalt zich nu: de arresten van de Franse en Spaanse constitutionele rechters over het Grondwettelijk Verdrag en het Verdrag van Lissabon hebben eens te meer tot weinig bezorgdheid geleid⁶⁶, maar met het Duitse *Lissabon-Urteil* lijkt het potentieel voor conflict wederom onverminderd groot. Indertijd repte het BVerfG nog van een *Kooperationsverhältnis* met het Hof van Justitie te Luxemburg. Tegenwoordig wil het van een horizontale verhouding niet meer weten, maar veronderstelt het een omgekeerde verticale ordening, met ‘Karlsruhe über Alles’ als leitmotiv. Mogelijkerwijs zullen de Duitse rechters er nu op korte termijn echt toe over-

57. R.o. 240: ‘im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen’; r.o. 339: ‘wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt’; r.o. 340: ‘ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen’.

58. R.o. 241: ‘In welchen Verfahren das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen mit dieser Kontrolle befasst werden kann, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden.’ Het hof houdt echter wel de mogelijkheid open dat de Duitse wetgever in de toekomst nog een aparte rechtsingang creeërt: ‘Denkbar ist aber auch die Schaffung eines zusätzlichen, speziell auf die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle zugeschnittenen verfassungsgerichtlichen Verfahrens durch den Gesetzgeber zur Absicherung der Verpflichtung deutscher Organe, Kompetenzüberschreitende oder identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen.’

59. R.o. 241.

60. R.o. 245. Het hof brengt dit in verband met artikel 20 lid 1 en 2 en artikel 79 lid 3 GG, en lijkt het idee ook uit die bepalingen te destilleren.

61. Zo ook r.o. 225: ‘Der aus Art. 23 Abs. 1 GG und der Präambel folgende Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas (...) bedeutet insbesondere für die deutschen Verfassungsorgane, dass es nicht in ihrem politischen Belieben steht, sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht.’

62. In r.o. 340 stelt het hof niettemin dat er in deze positie geen contradictie schuilgaat, maar door een tegenstelling uitdrukkelijk te ontkennen neemt men deze natuurlijk nog niet weg.

63. De gevestigde opvatting is dat de bepaling een quasi-juridische overgang naar een dictatuur (een *Unrechtsstaat* à la 1933-1945) moet voorkomen. Tot op heden is ze ook altijd met grote terughoudendheid toegepast; zie bijv. Horst Dreier, ‘Artikel 79 (3)’, in: Horst Dreier & Fabian Wittreck (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, p. 50.

64. Al had het *Maastricht-Urteil*, waarin eveneens artikel 38 GG ten nadele van artikel 23 GG werd uitgelegd, ook op dit punt de primeur.

65. Conseil constitutionnel, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec. p. 76*; Tribunal Constitucional, Declaración No. 1/1992 de 1 de julio de 1992, *Boletín Oficial del Estado* 1992, número 157; de Franse en Spaanse rechters constateerden relatief mineure incompatibiliteiten, die door amendering van de respectievelijke grondwetten snel konden (en werden) weggenomen.

66. Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Rec. p. 173*; Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Rec. p. 459*; Tribunal Constitucional, Declaración No. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado* 2005, número 3 suplemento.

gaan Europese wetgeving onderuit te halen. Ze bevinden zich dan wel in een te zwakke positie om richting te geven aan het integratieproces, maar ze zijn nog sterk genoeg om verdere blokkades op te werpen. Hoe dan ook lijkt hier wel sprake van enige hypocrisie: immers, als de leden van de tweede senaat werkelijk zoveel moeite hadden met het Verdrag van Lissabon, en met de huidige en toekomstige staat van de Unie, dan hadden ze de onverenigbaarheid daarvan met de *Grundgesetz* moeten uitspreken. Tegelijkertijd zou dat natuurlijk eveneens schokgolven door de EU hebben gezonden, en tot grote verontwaardiging hebben geleid over al te eigenzinnige constitutionele rechters, die op eigen houtje het democratisch proces torpederen. De vraag blijft niettemin wie er nu wél tevreden kan zijn met een *Lissabon-Urteil* dat zoveel inhoudelijke tegenstrijdigheden bevat.

Het *Maastricht-Urteil* heeft door de jaren heen diverse andere constitutionele rechters geïnspireerd: zo oordeelde de Deense *Højesteret* dat Europese *ultra vires*-regels in Denemarken eveneens buiten toepassing zouden blijven, heeft het Poolse *Trybunał Konstytucyjny* de autonomie van de communautaire rechtsorde ontkend, en verworpen ook de Franse *Conseil d'État*, het Spaanse *Tribunal Constitucional* en de Tsjechische *Ústavní soud* het idee van absolute voorrang van Europees recht.⁶⁷ Toegegeven, een aantal nationale hoven stelden zich al voor het *Maastricht-Urteil* kritisch op; niettemin lijkt sinds 1993 alle omzichtigheid en reserve naar de achtergrond gedreven, en is de kracht en de zelfverzekerdheid van hun oppositie onmiskenbaar toegenomen.⁶⁸ Het *Lissabon-Urteil* kan dan wellicht gaan fungeren als nieuwe olie op een – langzamerhand steeds hoger oploaiend – vuur. Het zou rechters in andere lidstaten kunnen stimuleren om Europeesrechtelijke dogma's niet langer voor lief te nemen, en nog meer dan voorheen een afwijkende koers te gaan varen.

Het BVerfG geeft uiteindelijk ternauwernood zijn zegen aan het Verdrag van Lissabon, maar het keurt wel de begeleidende Duitse wetgeving af, die op een aantal punten

moet worden aangepast. Zo moeten de Bondsraad en de Bondsdag sterker worden betrokken bij de activering van de *passerelle*-bepalingen, bij de toepassing van de zgn. 'noodremprocedure' en de 'flexibiliteitsclausule', en in geval van vereenvoudigde herziening van de verdragen.⁶⁹ Expliciete instemming van beide organen is noodzakelijk, al dan niet in de vorm van een specifieke toestemmingswet.⁷⁰ De vereiste wijzigingen zijn in de zomer van 2009 doorgevoerd en door de beide kamers van het Duitse parlement aanvaard, waarna Bondspresident Köhler de ratificatiewet heeft ondertekend.⁷¹ Hierdoor lijkt er eveneens een groter potentieel te zijn ontstaan voor de Bondsrepubliek als een onberekenbare scheurmaker; ook de speelruimte voor de Europese instellingen is zo verder ingeperkt. Voortaan zullen de Duitse vertegenwoordigers in de Raad van Ministers vaker en uitgebreider ruggespraak moeten plegen met hun parlementaire achterban, waardoor Europese wetgevingsprocedures aanzienlijke vertraging kunnen gaan oplopen. Bij het activeren van de zgn. flexibiliteitsclausule zal, anders dan voorheen, specifieke Duitse toestemmings- en implementatiewetgeving vereist zijn. Daarmee ligt voor deze, voorheen frequent benutte, algemene rechtsgrondslag voor de vaststelling van EU-wetgeving, een bestaan in de marge in het verschiet.⁷² Voor vereenvoudigde herziening van de Verdragen en gebruik van de *passerelles* zal ex artikel 23 lid 1 derde zin GG een tweede meerderheid in zowel de *Bundestag* als de *Bundesrat* nodig zijn. Al met al heeft de Bondsrepubliek de rangen van 'zij die blind vertrouwen op Europa' definitief verlaten, en zich aangesloten bij het 'koor der wantrouwenden', de lidstaten die een structureel parlementair onderhandelings- of instemmingsvoorbehoud hanteren.⁷³ Zo zijn we nu de situatie zeer dicht genaderd dat in de Raad van Ministers niet meer over Europese wetgeving kan worden onderhandeld c.q. besloten, dan wanneer de meeste vertegenwoordigers van de lidstaten overleg hebben gevoerd met hun nationale parlement, en zich daar van de steun van een meerderheid hebben verzekerd.

67. Højesteret 6 april 1998, zaak I 361/1997 (*Carlsen/Rasmussen*; Engelse versie in *Common Market Law Reports* 1999, p. 854); Trybunał Konstytucyjny 27 april 2005, zaak P 1/05, en 11 mei 2005, zaak K 18/04, (Engelse versies beschikbaar via <www.trybunal.gov.pl>); Conseil d'État, Arrêt de 30 octobre 1998, *Rec. p. 369 (Sarran et Levacher et autres)*; Tribunal Constitucional, Declaración No. 1/2004 de 13 diciembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, 4.1.2005, núm. 3 Suplemento; Ústavní soud 26 november 2008, zaak 19/08, (Engelse versie op <http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php>).

68. Zie Craig & De Búrca, a.w. (voetnoot 43); vgl. J. Dutheil de la Rochère & I. Pernice, *European Union Law and National Constitutions. General Report to the FIDE XX Congress 2002 in London*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Paper No. 17/02, p. 29: 'The *Maastricht* judgement of the German Constitutional Court (...) seems to have been a "leading" case also for other Member States.'

69. De algemene en bijzondere *passerelle*-bepalingen maken het mogelijk dat, na een unaniem besluit daarover, voortaan met gekwalificeerde meerderheid kan worden besloten in de Raad op terreinen waar voorheen het vereiste van unanimiteit gold, zonder dat daarvoor verdragswijziging noodzakelijk is (hierover in meer detail r.o. 305-321). De noodremprocedure stelt leden van de Raad in staat meerderheidsbesluitvorming op bepaalde terreinen af te stoppen, waarbij de kwestie wordt doorgeschoven naar de Europese Raad (zie nader r.o. 358-365); de flexibiliteitsclausule biedt een algemene rechtsgrondslag voor die gevallen waarin de Verdragen geen specifieke rechtsbasis voorzien, maar optreden van de Unie toch gewenst wordt geacht (artikel 308 EG, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon artikel 352 VWEU; zie r.o. 327-328); bij vereenvoudigde herziening kunnen de Verdragen worden geamendeerd zonder dat daarvoor nog een intergouvernementele conferentie noodzakelijk is (artikel 48 lid 6 EU post-Lissabon; zie r.o. 307 e.v.).

70. R.o. 412-418.

71. Op 26 september 2009, waarmee Duitsland de vijfentwintigste lidstaat werd die het Verdrag ratificeerde. Op 10 oktober 2009 volgde Polen als zesentwintigste, en op 3 november 2009 Tsjechië als zevenentwintigste en laatste. Het Verdrag is op 1 december 2009 in werking getreden.

72. Nog stilliger is Mayer, a.w. (voetnoot 50): 'Die Kompetenzabrundungsklausel (jetzt Art. 308 EG) ist tot.'

73. In veertien van de zevenentwintig lidstaten, waaronder Oostenrijk, Denemarken, Estland, Finland, Litouwen, Polen, Slowakije, Zweden en het Verenigd Koninkrijk, bestaat inmiddels een variant van een onderhandelingsvoorbehoud. Zie W.J.M. Voermans, 'Invloed van nationale parlementen op Europese wetgeving: hoe doen de burens dat?', *RegelMaat* 2007, p. 159.

5.2. Twee lessen voor Nederland

Hoewel het *Lissabon-Urteil* diverse tegenstrijdige elementen bevat, fungeert het voor Nederland in ten minste twee opzichten als wegwijzer.⁷⁴ Ten eerste illustreert het arrest dat het opnemen van een 'Europa-artikel' in de grondwet, zoals met enige regelmaat in de literatuur wordt bepleit⁷⁵, niet noodzakelijkerwijs alleen positieve gevolgen heeft. Rechter zouden daarmee aan de haal kunnen gaan, en een dergelijke bepaling, in plaats van die te gebruiken als een 'zwaard', door een restrictieve lezing ook inzetten als een 'schild' tegen 'meer Europa'.⁷⁶ Theoretisch gezien lijkt de Nederlandse traditie, waarin rechters de voorrang van EG-recht herleiden tot de rechtspraak van het Hof te Luxemburg en niet tot de nationale grondwet, niet helemaal consistent⁷⁷, maar de nieuwe Duitse positie is dan wel het andere uiterste. Misschien is, in dit opzicht, alles in ons land 'dus toch wel goed zoals het is'.⁷⁸

Een tweede punt van lering betreft de rol van nationale parlementen in de EU. Gezien de realiteit van het democratisch deficit, waar het BVerfG ondanks een overdaad aan retoriek terecht de vinger op legt⁷⁹, is iedere versterking van de parlementaire controle op het Europese wetgevingsproces toe te juichen. Het Europees Parlement ontbeert het recht van initiatief, speelt ook na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geen aan de Raad gelijkwaardige rol, en weet zich regelmatig geconfronteerd met elders reeds dichtgetimmerde voorstellen die nog slechts *à prendre ou à laisser* zijn. Hoewel het onvermijdelijk leidt tot lichte vertragingen, pakt een systeem van meer structurele nationale controle op de standpunten van de leden van de Raad dan denkbaar

vooral heilzaam uit: parlementaire voorbehouden zorgen ervoor dat de ministers bij de onderhandelingen rekening houden met de heersende overtuigingen in de volksvertegenwoordiging, zodat ze vervolgens ook eerder kunnen rekenen op parlementaire steun bij de uitvoering en omzetting van de Europese regels.⁸⁰ Bovendien kan de steun voor het integratieproces in het algemeen juist toenemen, aangezien burgers sneller en intensiever betrokken raken bij de politieke keuzes in Brussel wanneer er ook meer nationale debatten over Europese voorstellen plaatsvinden. In Nederland kenden we sinds de goedkeuring van het Verdrag van Maastricht een parlementair instemmingsrecht voor intergouvernementele besluiten in de 'derde pijler' van de EU.⁸¹ Een aantal parlementariërs en wetenschappers pleit echter al langer voor de invoering van een algemeen instemmings- en onderhandelingsvoorbehoud.⁸² Bij de parlementaire goedkeuring van het Verdrag van Lissabon is daar nog vergeefs voor gestreden, maar werd wel een opening geboden voor de invoering van een afgezwakt parlementair 'behandelvoorbehoud'.⁸³ De ontwikkelingen in de Bondsrepubliek rechtvaardigen evenwel met terugwerkende kracht de eerdere pleidooien voor invoering van een stevige generieke procedure. Daarbij hoeft het Duitse model natuurlijk niet een-op-een te worden gekopieerd, omdat dat wel erg rigide en totalitair is.⁸⁴

6. Afsluiting

De commentaren op de uitspraak van het BVerfG waren tot nu toe ongemeen hard: het hof wordt verweten een

74. Zie ook Ph. Kiiver, 'Het Lissabon-Urteil van het Duitse Constitutionele Hof – Wat betekent het voor Nederland?', *NJB* 2009, p. 2112-2116.

75. Zie o.m. L.F.M. Besselink et al., *De Nederlandse grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002; C.B. Schutte & J.H. Reestman, 'Het Europees Grondwettelijk Verdrag en het beginsel van voorrang van Europees recht in Frankrijk en Spanje. Lessen voor Nederland?', *SEW* 2006, p. 145-158. Voor een uitvoerig overzicht, zie M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RMThemis* 2008, p. 155 e.v., die zelf eveneens de introductie van een dergelijke clause steunt (p. 160).

76. Al wordt een dergelijk scenario in ons land pas realistisch wanneer niet alleen artikel 93 en/of 94 Gw wordt herzien, maar ook het toetsingsverbod wordt ingeperkt: ingevolge het huidige artikel 120 Gw is immers geen enkele (EU-gerelateerde) goedkeuringswet te toetsen aan enige andere bepaling in de grondwet.

77. Zie o.m. HR 1 oktober 2003, nr. C03/118HR, *LJN* AO8913 (Civiele Kamer); HR 2 november 2004, nr. 00156/04E, *LJN* AR1797 (Strafkamer). Zie over de (vermeende) inconsistenties o.a. de gecombineerde annotatie van L.F.M. Besselink, *SEW* 2005, p. 336-339, alsook Schutte & Reestman, a.w. (voetnoot 75), p. 157-8.

78. Naar Gerard Reve, *Gedicht voor Jan W. Jonker*.

79. Zie bijv. Renaud Dehousse, 'Constitutional Reform in the European Community: Are there Alternatives to the Majoritarian Avenue?', *West European Politics* 1995, p. 122: '[Democratic theory] entails, among other things, the possibility for citizens to choose their rulers and to sanction them if their action is deemed inadequate. It also implies the possibility for voters to control what political leaders do – which, to say the least, is problematic in the European Community.' Zie voor een grondige bespreking van de stand van zaken in het debat over dit onderwerp, met nadere verwijzingen, Craig & De Búrca, a.w. (voetnoot 43), p. 133-138.

80. Enzo Voermans, a.w. (voetnoot 73), p. 161.

81. Dit instemmingsrecht of goedkeuringsvoorbehoud gold voor Europese wetgevingsvoorstellen op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken (JBZ, later de zgn. Politie en Justitie Samenwerking in Strafsaken). In de EU-Raad van Ministers mocht de Nederlandse vertegenwoordiger daar dan alleen met toestemming van de Staten-Generaal mee instemmen. Goedkeuring werd echter geacht te zijn verleend indien er geen reactie volgde binnen vijftien dagen na de agendering van het betreffende voorstel. Ten aanzien van een beperkt aantal JBZ-onderwerpen (in het bijzonder familierecht), waarbij het Parlement geen codicisiebevoegdheid heeft indien in de Raad de eis van unanimité geldt, blijft dit systeem ook in de toekomst gehandhaafd. Daartoe werd in de Tweede Kamer, bij de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag van Lissabon, een amendement ingediend (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 384, nr. 11), dat is aangenomen en als zodanig opgenomen in artikel 3 van de Rijkswet (*Trb.* 2008, 11; *Stb.* 2008, 301).

82. Zie bijv. Van Emmerik, a.w. (voetnoot 75), p. 156.

83. Hieraan wordt inmiddels nader handen en voeten gegeven; ten tijde van schrijven was de jongste stand van zaken te vinden in *Kamerstukken II* 2009/10, 31 384, nr. 27.

84. Dit geldt dan met name voor de noodzaak van parlementaire instemming bij het gebruik van de flexibiliteitsclausule. Ook kan men de wijsheid in twijfel trekken van een voorbehoud ten aanzien van het gebruik van de noodremprocedure: die procedure is er net op gericht nationale prerogatieven te beschermen.

‘perplex, chaotisch, niet-serieus arrest’ te hebben gewezen⁸⁵, het heeft zich ‘krampachtig en naïef’ opgesteld en heeft ‘het preken niet kunnen laten’⁸⁶, is vooral druk geweest met ‘het onderstrepen van zijn eigen belangrijkheid’ in een ‘introvert, argwanend en vijandig’ oordeel.⁸⁷ Opvallend is inderdaad dat het hof zoveel woorden nodig heeft gehad om een aantal thesen uit het *Maastricht-Urteil* te herhalen en aan te scherpen, waarbij dat laatste nauwelijks echt een succes kan worden genoemd. In het arrest uit 1993 was vooral de hand te herkennen van de rechter-rapporteur Paul Kirchhof, een leerling van Carl Schmitt, vermaard staatsrechtgeleerde en criticus van de EU. Voor het huidige oordeel werd iets vergelijkbaars verwacht van Udo Di Fabio, een begaafde maar eveneens conservatieve jurist. Conform de verwachtingen is het resultaat inderdaad opnieuw eurosceptisch, maar qua stijl, scherpere en coherentie kan het eigenlijk alleen maar teleurstellend worden genoemd.

Het *Maastricht-Urteil* is nooit officieel herroepen, maar de portee leek de afgelopen tien jaar afgezwakt.⁸⁸ Het *Lissabon-Urteil* herhaalt nu alle eerdere kernspreuken: de EU is geen staat maar kan/mag dat ook niet worden; de lidstaten geven hun soevereiniteit niet op, blijven de *Herren der Verträge* en dienen hun essentiële bevoegdheden te behouden; er bestaat geen ‘Europees volk’, alleen Europese volkeren, waardoor een volwaardige Europese volksvertegenwoordiging eveneens een illusie is. Ook de rol en taak van het BVerfG wordt met hernieuwd elan in de verf gezet: in feite komt de EU vrijwel geheel onder Duitse curatele te staan, en het indienen van klachten over eventueel ‘supranationaal wangedrag’ is eenvoudiger dan voorheen. De kans op een *guerre des juges* is daarmee groter dan ooit, maar voor de auteurs van het *Lissabon-Urteil* lijkt de uitslag al op voorhand vast te staan: ‘Karlsruhe über Alles’.⁸⁹

Hiermee zij niet gezegd dat het oordeel geen enkel positief element bevat. Het Verdrag van Lissabon blijkt verenigbaar met de *Grundgesetz*. Het hof erkent de grote verworvenheden van de Europese samenwerking, de ongekende periode van vrede en welvaart. Gerept wordt van de *Europafreundlichkeit* van de Duitse grondwet, en er zou voor de Bondsrepubliek zelfs een *Verfassungspflicht* zijn om aan het integratieproces te blijven deelnemen. Het BVerfG ontkent ook dat het nieuwe verdrag leidt tot de schepping van een Europese superstaat, wat de hardnekkige insinuaties hierover in sommige politieke kringen eindelijk kan doen verstommen.⁹⁰ Tegelijk maakt het hof in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk waar de rode lijn blijft lopen, en zodra de EU buiten zijn

boekje gaat, grijpt Karlsruhe in. In het uiterste geval zal Duitsland de ‘uitgeleende’ bevoegdheden moeten terugnemen, of zelfs uit de Unie treden. Ook al komt dit in de ogen van de meeste commentatoren neer op een onjuiste, zelfs kwaadaardige lezing van de scharnierbepalingen van de *Grundgesetz*⁹¹, het BVerfG stelt klip en klaar dat op een dergelijk moment de *Ewigkeitsklausel* (artikel 79 lid 3) prevaleert boven het Europa-artikel (artikel 23), opdat de essentie van de Bondsrepubliek intact blijft.

Overeenkomstig de instructies van het hof is de ratificatiewetgeving aangepast. Duitsland heeft het Verdrag definitief bekrachtigd, en het trad op 1 december jongstleden in werking. Arthur Schopenhauer zou niettemin de toekomst van de EU post-Lissabon voor ogen kunnen hebben gehad, toen hij neerschreef dat ‘het ergste nog moet komen’.⁹²

85. C. Schönberger, ‘Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea’, *German Law Journal* 2009, p. 1201.

86. Tom Eijssbouts, ‘Ein Land, ein Volk, ein Richter’, *Het Financieel Dagblad* 3 juli 2009, p. 7.

87. Mayer, a.w. (voetnoot 50), p. 2 en 3.

88. Vgl. voetnoot 53 hierboven.

89. Hierover zal het BVerfG uitsluitsel moeten geven in het aankomend oordeel in de zaak *Honeywell* (2 BvR 2661/06), waarin het gevraagd wordt eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie ‘unanwendbaar’ te verklaren.

90. Dit was o.a. een argument van een groep van Tsjechische senatoren die eind september 2009 hernieuwd een klacht over het Verdrag ahangig maakten bij de *Ústavní soud*. Dergelijke geluiden waren ook te horen in het ‘Nee-kamp’ in Ierland, begin oktober 2009, in de aanloop naar het tweede referendum over het Verdrag.

91. Zie bijv. Schönberger, a.w. (voetnoot 85), p. 1208; Mayer, a.w. (voetnoot 50), p. 4.

92. Het betreft hier een (populair geworden) parafrase; vgl. diens *Parerga und Paralipomena*, Teil II, § 155, ‘Es ist heute schlecht und wird nun täglich schlechter, bis das Schlimmste kommt.’